

Verbale n. 9

Adunanza del 6 giugno 2017

L'anno duemiladiciassette, il giorno sei, del mese di giugno, alle ore 10.30, in Torino, presso la sede del Corecom, piazza Solferino n. 22, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Alessandro DE CILLIS, Presidente, Gianluca Martino NARGISO, Vicepresidente, Vittorio DEL MONTE, Commissario e con l'assistenza della Signora Pina Rosa Serrenti nella funzione di Segretario verbalizzante

Delibera n. 46 - 2017

Oggetto: Definizione della controversia GU14 – 258/2016 – XXX S.r.l. / WIND TRE S.p.A. (già WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.A.).

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;*

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità;*

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni;*

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 73/11/CONS *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA l'istanza GU14 n. 1.11.12.5/258/2016 con cui XXX S.r.l. ha chiesto l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte (di seguito, Corecom) per la definizione della controversia in essere con WIND TRE S.p.A. (già Wind Telecomunicazioni S.p.A., di seguito Wind) ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota con cui il Corecom, ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE la memoria difensiva dell'operatore e le repliche dell'istante;

VISTA la nota con la quale le parti sono state convocate per l'udienza di discussione;

VISTI gli atti relativi all'espletato tentativo obbligatorio di conciliazione;

UDITE le parti nella predetta udienza

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario avv. Vittorio Del Monte;

CONSIDERATO

quanto segue:

l'istante, in riferimento al contratto codice cliente 500616413, rappresenta:

- a) di aver contestato, in data 10 dicembre 2015, le fatture 2015T0077954 e 2015T00940186 poiché erano stati fatturati importi non dovuti "All Inclusive Top Dual Sim" e "Extra Internet Big" in quanto tutte le SIM erano già passate ad altro operatore;

- b) che Wind non riscontrava il reclamo ma in data 18/2/2016 emetteva fattura 2016T0004523 mai ricevuta ma il cui saldo viene richiesto dall'avvocato della Wind;
- c) che da un controllo ci si accorge che nella fattura 2015T000607461 erano stati addebitati € 2.400,00 per costi di recesso con la voce generica "per costo di recesso anticipato" che secondo l'agente Wind non erano dovuti;
- d) che mancavano solo due mesi alla scadenza del contratto e quindi si sarebbero potuti aspettare i 24 mesi se si fosse stati a conoscenza dell'esistenza di penali;
- e) che in data 9/5/2016 veniva inviata lettera di reclamo per contestare l'indebito pagato e per ricevere il dettaglio della fattura, ma non si riceve riscontro.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) rimborso di € 2.400,00 per penali indebitamente fatturate contrarie al D.I. 7/2007;
- 2) indennizzo di € 1.265,00 per servizi indebitamente attivati ai sensi dell'art. 8, comma 1 del Regolamento indennizzi (253 gg. x € 5,00 dal 22/4/2015 – data di passaggio a Vodafone - al 31/12/2015 – data dell'ultima fattura emessa da Wind);
- 3) indennizzo di € 300,00 per mancato riscontro ai reclami del 10/12/2015 e 18/2/2015 per fatturazione di servizi non previsti;
- 4) indennizzo di € 36,00 per mancato riscontro al reclamo del 9/5/2016 per penali non dovute;
- 5) spese di procedura.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta:

- che la contestazione relativa alle fatture 2015T000779544, 2015T000940186 e 2016T00084523 è stata gestita a seguito di ricezione della PEC del 12/12/2015 verificando che la sim XXX era cessata in data 23/4/2015 per passaggio ad altro operatore ma sui sistemi era rimasta attiva;
- che, conseguentemente, sono state emesse note di credito per un totale di € 504,00;
- che nella fattura 2015T000607461 sono presenti i contributi di disattivazione per 27 sim per € 2.160,00 più IVA (80,00€ più IVA/sim) poiché sono state cessate prima dei 24 mesi contrattuali e quindi il cliente è tenuto al pagamento di € 80,00/sim per il contributo di disattivazione che sarebbe stato scontato del 100% solo se mantenute attive oltre 24 mesi;
- che tutte le sim sono cessate in data 23/4/2015 a fronte di una scadenza del contratto al 21/5/2015 per alcune e al 24/6/2015 per altre;
- che durante il rapporto contrattuale venivano apportate variazioni di listino per alcune sim con conseguente ulteriore modifica della scadenza contrattuale;

- che in merito alla mancata risposta ai reclami si evidenzia che per la comunicazione del 10/12/2015 veniva contattato l'istante nella persona del signor Magnetto il 25/1/2016 e tramite mail all'indirizzo [XXX](#) ;
- che non risultano ulteriori reclami;
- che il contributo per recesso anticipato è conforme alla legge 40/2007 e previsto nelle condizioni di contratto nel paragrafo rubricato "Contributo di attivazione".

Sulla base di tale rappresentazione, l'operatore chiede che vengano respinte le richieste di parte ricorrente.

Nelle repliche l'istante precisava che:

- f) l'allegato 37 non contiene la risposta al reclamo, peraltro mai avuto, nemmeno telefonicamente;
- g) l'allegato 27 non è presente;
- h) le note di credito sono state emesse solo dopo che è intervenuto il consulente e senza alcuna risposta al reclamo come si evince anche dalla messa in mora dell'avvocato di Wind;
- i) l'emissione di note di credito non esula dal pagamento dell'indennizzo per indebita fatturazione di sim che erano passate ad altro gestore;
- j) che per il reclamo del 9/5/2016 è agli atti la ricevuta di trasmissione via fax, mentre la data indicata del 18/2/2016 non è quella di reclamo;
- k) che vi è discordanza tra quanto scritto sulla fattura 2015T000607461, ossia "contributi di disattivazione per recesso anticipato" e i contributi di attivazione che Wind cita nella memoria;
- l) che le modifiche tariffarie del 5/3/2014 su 32 sim proposte dalla stessa Wind non possono far ripartire il contratto per altri 24 mesi perché il cliente ha pagato 10,00 € per cambio profilo e quindi non può pagare altri 100,00 € non previsti

A) Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento.

B) Nel merito

Nel merito le domande dell'istante risultano parzialmente accoglibili per i motivi che seguono.

Va innanzitutto rilevata l'estrema difficoltà nel ricostruire la vicenda oggetto di controversia per i refusi rilevati nelle difese delle parti, specie in riferimento alle date, e al fatto che l'operatore abbia depositato documentazione illeggibile.

B.1 In merito ai costi addebitati per recesso anticipato

Con riferimento alla richiesta di rimborso dei costi pagati per il recesso anticipato di n. 27 sim per € 2.160,00 oltre IVA, addebitati nella fattura 2015T000607461, si ritiene che essa debba essere parzialmente accolta.

Come è noto, la legge 40/2007 (di conversione del d.l. 7/2007), richiamata da entrambi le parti (l'una per affermare l'applicazione di penali *contra legem*, l'altra ritenendo che trattasi di costi convenuti conformemente alla legge sopradetta) ha riconosciuto al consumatore la facoltà di recedere dai contratti per adesione stipulati con operatori di comunicazione elettronica o di trasferire la propria utenza presso altro operatore con il solo obbligo di preavviso e ha stabilito che il recesso o il trasferimento debbano essere garantiti senza ritardi e senza penali. Gli unici importi consentiti sono le spese giustificate dai costi dell'operatore, vale a dire quelle spese per cui sia dimostrabile il costo "pertinente e correlato" sopportato dall'operatore per procedere alla disattivazione o al trasferimento dell'utenza. A questo proposito, Agcom ha avuto modo di precisare che "dalla semplice lettura del contratto l'utente deve poter conoscere anche le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, così da essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone valutare le conseguenze sotto ogni profilo. In ogni caso, l'utente non deve versare alcuna "penale", comunque denominata, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, poiché gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli giustificati da costi degli operatori. Nello svolgimento della propria attività, pertanto, la Direzione verificherà che gli operatori pongano a carico degli utenti (ove necessario) esclusivamente le spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento". Così si esprime Agcom nelle Linee guida della Direzione tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della medesima legge.

Ciò premesso, va precisato che, sotto il profilo soggettivo, le citate disposizioni della legge 40/2007 – così come interpretate dalla stessa Autorità nelle sopradette Linee guida – trovano senza dubbio applicazione nel contratto di cui si discute in quanto dirette a tutelare gli utenti che, di fatto, non godono di un effettivo potere negoziale, e che si limitano a sottoscrivere clausole predisposte dal contraente forte; tali disposizioni sono applicabili anche agli utenti non residenziali, fatta solo eccezione per la clientela business di grandi dimensioni, per la quale le clausole contrattuali sono negoziate (così ha precisato la Direzione Tutela consumatori dell'Agcom in data 17/07/2008, inserendo il comma 1bis nell'art. 3 delle Linee guida).

Nella fattura soprarichiamata, successivamente alla migrazione delle utenze intestate a XXX ad altro operatore, Wind ha richiesto all'utente, come già detto, il pagamento di € 2.160,00 oltre IVA, a titolo di "Contributo di disattivazione per recesso anticipato" e non ha provveduto a chiarire le ragioni di tali addebiti o a documentare la corrispondenza dei medesimi ai costi effettivamente sostenuti.

Nella propria memoria, Wind si è limitata ad affermare genericamente che tali addebiti sono conformi al dettato dell'art. 1 della cd. Legge Bersani.

Tuttavia, da tale chiarimento non emerge alcunché in merito alla c.d. pertinenza del costo di disattivazione che, secondo l'Autorità, va interpretata "in senso oggettivo ed imparziale, valido per tutti gli operatori e secondo criteri di causalità/strumentalità dei costi/ricavi", valutando come pertinenti "i ricavi e i costi attribuiti alle componenti e/o ai servizi in base all'analisi diretta della loro origine, cioè tenendo conto della causa che ha comportato il conseguimento del ricavo, il sostenimento del costo, l'acquisto di un'attività o l'insorgere di una passività".

Le considerazioni svolte dall'operatore, dunque, non riescono a giustificare l'ammontare delle spese richieste all'utente, in aperta elusione di quanto richiesto dalla normativa vigente.

Anche qualora la controversia in oggetto attenesse alla pratica posta in essere dagli operatori di pretendere il rimborso di sconti di cui l'utente ha usufruito aderendo ad una offerta promozionale dalla quale ha poi deciso di recedere prima del termine minimo contrattualmente previsto (cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. 11/3/2010, n. 1442), come farebbe intendere l'ulteriore difesa dell'operatore che richiama l'Allegato Proposta Tecnico/economica (peraltro non reperibile tra i documenti relativi alla prima conclusione del contratto e difficilmente leggibile nei documenti del successivo cambio piano) secondo cui, nel paragrafo rubricato "Contributo attivazione" è previsto che "il piano tariffario mobile ... prevede un contributo di attivazione pari a € 80 per ogni sim; tale contributo è scontato del 100% per i clienti che non recedono prima di 24 mesi dall'attivazione. In caso contrario il contributo sarà applicato sull'ultima fattura ricevuta", non si comprende perché tali somme siano state imputate in fattura a titolo di contributo di disattivazione e non invece di contributo di attivazione. Anzi, occorre rilevare che la fattura contestata riporta, per 26 sim delle 27 cessate, la dicitura "contributo di disattivazione" mentre, per un'unica sim, la corretta dicitura – volendocisi riferire alle condizioni contrattuali richiamate dall'operatore – "Contributo di attivazione per sim XXX. Data cessazione: 23/4/2015 scadenza contrattuale 21/5/2016".

E' pur vero che la disciplina generale di cui alla legge 40/2007 si applica nel caso di recesso anticipato dai contratti "a prezzo pieno", ma non ai casi in cui il contratto abbia ad oggetto un'offerta promozionale, per la cui fruizione le parti accettano un periodo minimo di vigenza del contratto: in tal caso, fermo il diritto del cliente di recedere in qualunque momento dal contratto, si ritiene legittimo un "vincolo economico" nel caso di recesso antecedente il decorso del pattuito periodo minimo, a garanzia del mantenimento dell'equilibrio contrattuale tra le parti. D'altro canto, l'operatore deve indicare nelle condizioni contrattuali, in modo chiaro e trasparente, i costi che l'utente deve sostenere in caso di recesso anticipato da un contratto che preveda offerte promozionali e vincoli di durata, adempimento quest'ultimo che risulta non assolto da parte del gestore

Pertanto, a fronte della mancata specificazione da parte dell'operatore degli oneri effettivamente sostenute nella procedura di migrazione delle utenze intestate alla XXX verso altro operatore (cd. "costi dell'operatore"), ovverosia dell'effettiva applicazione di eventuali sconti, dell'entità degli stessi e della loro congruenza rispetto a quanto richiesto dall'operatore nel conto soprarichiamato, stante l'imputazione degli stessi a diversa fattispecie, va accolta la domanda della parte istante di storno dei contributi di disattivazione addebitati per n. 26 sim delle 27 richieste, e così per un rimborso della somma di € 2.080,00. Tali importi sono calcolati I.V.A. esclusa perché parte istante non ha dato prova della mancata (totale o parziale) detrazione della stessa.

B.2 In merito all'indennizzo per servizi indebitamente attivati

La domanda non può ritenersi accoglibile, dovendosi considerare che l'indennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti di cui all'art. 8 del Regolamento Indennizzi si riferisce all'ipotesi in cui l'operatore provvede ad attivare un servizio o un profilo tariffario in assenza di una richiesta del cliente e che la *ratio* di tale previsione va ravvisata nell'esigenza di tutelare la libertà di scelta e di comportamento del cliente rispetto all'utilizzo dei servizi a pagamento.

La *res controversa* non attiene all'applicazione di un profilo tariffario o di un servizio non richiesto, bensì al ritardo nella disattivazione di servizi regolarmente attivi (*ex multis* delibere 170/16/CIR, 92/16/CIR, 18/16/CIR, 43/14/CIR, 84/14/CIR).

Attesa dunque la diversità delle fattispecie, non può darsi luogo all'applicazione analogica dell'art. 8 del Regolamento ma ne discende unicamente il diritto allo storno/rimborso delle somme illegittimamente fatturate, già effettuata dall'operatore.

B.3 Sulle risposte ai reclami

In ordine a questa richiesta, si rileva che a fronte del reclamo del 10/12/2015 sulla mancata cessazione della fatturazione, l'operatore ha prodotto lettera semplice di riscontro, che l'istante dichiara di non aver ricevuto. L'operatore non replica sul punto. Mentre per il reclamo successivo sui costi per recesso del 9/5/2016, che Wind dichiara di non aver ricevuto, l'istante produce ricevuta via fax in pari data che l'operatore non contesta.

L'articolo 8, comma 4 della delibera 179/03/CSP stabilisce che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e, comunque, non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Quanto sopra, come più volte ribadito dall'Autorità, al fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per questi motivi, la mancata risposta al reclamo, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo ex art. 11 del Regolamento Indennizzi.

Ciò premesso, considerato che detto articolo prevede che l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo è pari ad € 1,00 al giorno per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di € 300,00, considerato altresì che la prima data utile in cui l'istante ha potuto ricevere informazioni sulle contestazioni può essere considerata quella dell'udienza di conciliazione, ossia il 14/7/2016, risulteranno rispettivamente 172 giorni di ritardo per il primo reclamo e 21 giorni di ritardo per il secondo reclamo (già dedotti i 45 giorni previsti dalla normativa soprarichiamata per fornire la risposta), e così per un totale complessivo di € 193,00.

B.4 Sugli interessi legali

Poiché gli indennizzi riconosciuti da questa Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il requisito dell'equità e, quindi, devono tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura di risoluzione della controversia, l'indennizzo come sopra determinato deve essere maggiorato dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo.

C) Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista dall'art. 19, comma 6 del Regolamento. Inoltre, secondo quanto previsto dalle Linee guida approvate con delibera 276/13/CONS, l'esito della definizione della controversia può essere

significativo ai fini della liquidazione delle spese, secondo gli ordinari criteri processuali per cui all'accoglimento integrale delle istanze può far seguito un'integrale copertura delle spese di procedura, mentre dall'accoglimento parziale o dal rigetto delle istanze può invece derivare la loro compensazione parziale o integrale tra le parti.

Nel caso di specie, tenuto conto di quanto sopra affermato, si ritiene congruo liquidare in favore dell'istante la somma di € 100,00 a titolo di spese di procedura.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

l'accoglimento dell'istanza presentata da XXX S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata presso XXX nei confronti dell'operatore WIND TRE S.p.A. (già Wind Telecomunicazioni S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore* XXX, che sarà tenuto a:

- **corrispondere** in favore dell'istante la somma di € 2.080, a titolo di rimborso;
- **corrispondere** in favore dell'istante la somma di € 193,00 a titolo di indennizzo, oltre interessi legali come sopra specificato;
- **corrispondere** in favore dell'istante la somma di € 100,00 a titolo di spese di procedimento.

Respingere la domanda sub 2).

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5 del Regolamento.

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

Il Presidente
Alessandro De Cillis

Il Commissario relatore
Vittorio Del Monte